

INHALT

- | | |
|--|---|
| <p>29. <i>Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bzw. in einem mit vergleichbaren Kernkompetenzen ausgestatteten Beirat oder Verwaltungsrat</i></p> <p>30. <i>Der Erschließungsbeitrag in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes</i></p> | <p>31. <i>Auslagerung von Abfertigungsansprüchen</i></p> <p>32. <i>Ausländerbeschäftigungsgesetz in der Landes- und Gemeindeverwaltung</i></p> <p><i>Verbraucherpreisindex für Juli 2007 (vorläufiges Ergebnis)</i></p> |
|--|---|

29.

Arbeitnehmervertreter in Gremien mit den Kernkompetenzen des Aufsichtsrates einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Der Oberste Gerichtshof hat sich in einem Urteil vom 27. September 2006, Zahl 9ObA130/05s, mit der Frage der Entsendung von Arbeitnehmervertretern in Gremien mit den Kernkompetenzen eines Aufsichtsrates (meist als Verwaltungsrat, Beirat und dergleichen bezeichnet) auseinandergesetzt.

Er hat darin klargestellt: Wird für eine GmbH ohne gesetzliche Verpflichtung ein Aufsichtsrat bestellt, sind dennoch die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zu beachten, zu denen auch § 110 ArbVG über die Entsendung von Arbeitnehmervertretern zählt. Dies gilt auch dann, wenn ein anders bezeichnetes Gremium (hier: „Verwaltungsrat“) geschaffen wird, diesem jedoch die Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats zugeordnet werden.

Der Oberste Gerichtshof hat begründend ausgeführt:

Die Beklagte, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb eines Elektrizitätswerks ist, hat insgesamt sechs Gesellschafter, nämlich die Marktgemeinde R. als Hauptgesellschafterin mit einer Stammeinlage von € 10.909.500,- sowie fünf weitere Gesellschafter, nämlich den Bürgermeister und die Gemeinderäte der Marktgemeinde R. mit Stammeinlagen von je € 100,-. Die Beklagte hat zu keiner Zeit im Durchschnitt mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Betrieb der Be-

klagten ist ein gemeinsamer Arbeiter- und Angestelltenbetriebsrat eingerichtet, von dem die Mitglieder B., W. und H. in den „Verwaltungsrat“ der beklagten Partei entsendet wurden. Seitens der Beklagten wird diesen Personen aber Sitz und Stimme im Verwaltungsrat verwehrt. Der (zuletzt in der außerordentlichen Generalversammlung vom 8. November 2004 angepasste) Gesellschaftsvertrag vom 5. Oktober 1994 sieht folgende – für die weitere Beurteilung relevante – Regelungen vor:

„§ 6 Organe der Gesellschaft

Organe der Gesellschaft sind:

- a) Geschäftsführer,
- b) Generalversammlung.“

§ 9 des Gesellschaftsvertrags lautet:

„§ 9 Gesellschafterausschuss (Verwaltungsrat)

Die Generalversammlung ist verpflichtet, einen Ausschuss (Verwaltungsrat) einzusetzen, der sie in allen Angelegenheiten berät und dem sie die Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen kann. Dieser Verwaltungsrat besteht aus mindestens drei, höchstens sechs Mitgliedern, die auch Mitglieder des Gemeinderates der Marktgemeinde R. sein müssen. Der Gesellschafter Marktgemeinde R. ist, solange er mehr als 70% des eingezahlten Stammkapitals als Stammeinlage hält, berechtigt, die Mitglieder in den Verwal-

tungsrat zu entsenden und aus diesem abzurufen. Dieses Recht der Entsendung und Abberufung üben die einzelnen im Gemeinderat vertretenen Parteien aus. Hiefür ist die Unterschrift der Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder der betreffenden Gemeinderatspartei erforderlich. Die Gemeinderatsparteien haben im Verhältnis ihrer Stärke Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsrat. Der Verwaltungsrat wählt den Vorsitzenden und dessen Stellvertreter aus seiner Mitte. Der Verwaltungsrat entscheidet mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, es sei denn, die Generalversammlung setzt für bestimmte Beschlüsse und Maßnahmen qualifizierte Mehrheiten fest. Die Generalversammlung hat für den Verwaltungsrat eine Geschäftsordnung zu beschließen, die insbesondere Regelungen über den Zeitpunkt und die Einberufung der Sitzungen, Tagesordnung, Anwesenheit, Rechte der Mitglieder, Beschlussfähigkeit sowie Anwesenheits- und Berichtspflichten der Geschäftsführung enthält.“

§ 10 des Gesellschaftsvertrags lautet:

„§ 10 zustimmungspflichtige Maßnahmen.

a) Außer den im Gesetz und Gesellschaftsvertrag der Generalversammlung zur Beschlussfassung zugewiesenen Gegenständen, bedürfen folgende Geschäfte und Maßnahmen der Zustimmung der Generalversammlung, wobei eine Mehrheit von drei Viertel der gültig abgegebenen Stimmen erforderlich ist:

1. Zustimmung zur Teilung, Belastung und Übertragung von Gesellschaftsanteilen.
2. Änderung des Gesellschaftsvertrages einschließlich der Änderung des Unternehmensgegenstandes.
3. Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen sowie Erwerb, Veräußerung und Stilllegung von Unternehmen und Betrieben.
4. Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen.
5. Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten.
6. Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik.
7. die Erteilung von Prokura und Handlungsvollmacht durch die Geschäftsführer.

b) Folgende Geschäfte und Maßnahmen bedürfen der Zustimmung der Generalversammlung, welche diese Kompetenz dem Verwaltungsrat übertragen kann:

1. Genehmigung des jährlichen Wirtschafts- und Investitionsplanes.
2. Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, deren gemeiner Wert € 20.000,- im Einzelnen überschreitet.

3. Investitionen, deren Anschaffungskosten € 400.000,- im Einzelnen überschreiten.

4. Investitionen, deren Anschaffungskosten € 40.000,- im Einzelnen übersteigen und nicht im Investitionsplan enthalten sind.

5. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die den Betrag von € 400.000,- übersteigen.

6. die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.

7. die Bestellung und Abberufung des Abschlussprüfers.

8. die Klärung der Fragen, die sich aus der Anwendung der Richtlinien der Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung ergeben.

9. Folgende Personalangelegenheiten:

- Angelegenheiten der Geschäftsführer,
- Anstellung, Beförderung und Kündigung von Angestellten (ab Verwendungsgruppe V),
- generelle Lohn- und Gehaltsregelungen,
- Regelung freiwilliger Sozialleistungen.“

Die Generalversammlung der Beklagten richtete entsprechend § 9 des Gesellschaftsvertrags einen „Verwaltungsrat“ ein und beschloss in ihrer Sitzung vom 2. Februar 1995 folgende „Geschäftsordnung des Verwaltungsrates“:

„§ 1 Der Verwaltungsrat hat, soweit durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung nichts anderes bestimmt ist, seine Tätigkeit nach den Vorschriften des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung auszuüben.

§ 3 Der Verwaltungsrat ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder, darunter der Vorsitzende oder seine Stellvertreter, anwesend ist. Eine Vertretung der Verwaltungsratsmitglieder ist ausgeschlossen.

§ 4 Der Verwaltungsrat fasst seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Für die Beschlussfassung über die gemäß § 6 Punkt 1 und Punkt 8 dieser Geschäftsordnung von der Generalversammlung an den Verwaltungsrat übertragenen Befugnisse ist eine Mehrheit von zwei Drittel der Stimmen erforderlich.

§ 6 Die Generalversammlung überträgt dem Verwaltungsrat die Kompetenz für folgende Geschäfte und Maßnahmen:

1. Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführer.
2. Genehmigung des jährlichen Wirtschafts- und Investitionsplans.
3. Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, deren gemeiner Wert S 200.000,- überschreitet.

4. Investitionen, deren Anschaffung S 5 Mio. im Einzelnen übersteigen.

5. Investitionen, deren Anschaffung S 500.000,- im Einzelnen übersteigen und nicht im Investitionsplan enthalten sind.

6. die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten, die den Betrag von S 5 Mio. übersteigen.

7. die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit sie nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.

8. die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Haftungen.

9. Bestellung und Abberufung des Abschlussprüfers.

11. die Klärung von Fragen, die sich aus der Anwendung der Richtlinien der Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung EW-R. AG ergeben.

12. Folgende Personalangelegenheiten: Angelegenheiten der Geschäftsführer, Anstellung, Beförderung oder Kündigung von Angestellten ab Verwendungsgruppe V, generelle Lohn- und Gehaltsregelungen, Regelung freiwilliger Sozialleistungen.

13. Abschluss von Geschäftsführerdienstverträgen.

14. Erlassung der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und Genehmigung der Geschäftsverteilung.

15. Vorberatung aller der Gesellschafterversammlung vorbehaltenen Beschlüsse.

.....

§ 9

Änderungen der Geschäftsordnung bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit einer 3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen in der Generalversammlung.

§ 10

Der Vorsitzende und sein Stellvertreter sind berechtigt, sich über jede Angelegenheit der Gesellschaft bei den Geschäftsführern zu informieren. Die Verwaltungsratsmitglieder sind berechtigt, in der Verwaltungsratssatzung von den Geschäftsführern Auskünfte zu verlangen.“

Der aus fünf Personen bestehende Verwaltungsrat der Beklagten ist auf der Internet-Homepage der Marktgemeinde R. neben diversen Gemeindeausschüssen als weiteres Gremium genannt.

Der Betriebsrat der Beklagten fasste in seiner Sitzung vom 3. April 2003 den Beschluss, zwei Arbeitnehmervertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden und ersuchte die Beklagte, die namhaft gemachten Arbeitnehmervertreter zu allen weiteren Sitzungen des Verwaltungsrats einzuladen. Der Verwaltungsrat beschloss

in seiner Sitzung vom 26. Juni 2003, dass der Betriebsrat keinen Sitz im Verwaltungsrat erhalte. Am 26. Mai 2004 änderte der Betriebsrat sein Verlangen dahin ab, dass er die Entsendung von drei Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsrat verlangte.

Mit seiner Klage vom 26. August 2004 begehrte der klagende Betriebsrat die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, den vom Betriebsrat entsendeten Betriebsratsmitgliedern B., W. und H. Sitz und Stimme in ihrem Verwaltungsrat zu gewähren, in eventu, drei vom Betriebsrat entsendete Betriebsratsmitglieder mit Sitz und Stimme in den Verwaltungsrat aufzunehmen. Hiezu wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Beklagte einen gesellschaftsvertraglich zwingenden Verwaltungsrat eingerichtet habe, dessen Aufgaben und Funktionen jedoch denen eines freiwilligen Aufsichtsrats einer GmbH entsprechen. Richte eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung einen solchen „Beirat“ ein, dem aufsichtsratsähnliche Funktionen zukämen, bestehe gemäß § 110 Abs. 5 Z. 1 ArbVG ein Recht der Belegschaft auf Mitwirkung in einem solchen Organ wie in einem Aufsichtsrat, um Umgehungen der zwingenden Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer hintan zu halten. Die Mitwirkung der Belegschaft sei gemäß § 110 Abs. 1 ArbVG eine „Drittelbeteiligung“, das heißt zumindest ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrats haben daher Arbeitnehmervertreter zu sein. Da im Verwaltungsrat fünf Kapitalvertreter vorhanden seien, habe der Betriebsrat das Recht auf Entsendung von drei Arbeitnehmervertretern.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie sei von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bestellen. Der von ihr eingerichtete Verwaltungsrat entspreche weder einem obligatorischen noch einem fakultativen Aufsichtsrat, sondern einem Beirat, welcher gemäß § 20 Abs 2 GmbHG zulässigerweise eingerichtet sei. Dieser weise auch nicht die gesetzlichen Mindestkompetenzen eines gesetzlichen Aufsichtsrats auf, insbesondere fehlten ein allgemeines, umfassendes Überwachungsrecht, ein unumschränktes Berichtsrecht, weiters sei der Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte gegenüber dem GmbH-Gesetz eingeschränkt. Es fehle das Recht zur Prüfung des Jahresabschlusses, des Gewinnverteilungsvorschlages und des Lageberichtes und es fehle auch die Vertretungsbefugnis bei Rechtsgeschäften der GmbH mit den Geschäftsführern. Der Verwaltungsrat der Beklagten unterscheide sich vom gesetzlichen GmbH-Aufsichtsrat auch durch die Art seiner Beschickung, die nicht

durch die Gesellschafter, sondern durch Dritte, nämlich die im Gemeinderat vertretenen Parteien entsprechend ihrem Stärkeverhältnis, erfolge. Abgesehen davon, dass es sich bei dem von der Beklagten eingerichteten Verwaltungsrat nicht um ein aufsichtsratsähnliches Organ handle, sei es nach jüngerer Lehre zulässig, Beiräte mit völlig deckungsgleichen Kompetenzen eines Aufsichtsrats ohne Arbeitnehmerbeteiligung einzurichten, wenn von Gesetzes wegen ein Aufsichtsrat nicht eingerichtet werden müsse.

Das Erstgericht wies das Klagehaupt- und Eventualbegehren ab. Es schloss sich im Wesentlichen der Rechtsmeinung der Beklagten an. Die Beklagte habe keinen Aufsichtsrat eingerichtet und sei nach dem Gesellschaftsvertrag dazu auch nicht verpflichtet. Es sei den Gesellschaftern einer GmbH ohne Aufsichtsratspflicht unbenommen, einen Beirat – hier: „Verwaltungsrat“ – einzusetzen, dem wesentliche Kompetenzen eines Aufsichtsrats zugewiesen werden könnten, ohne dass darin eine verpönte Umgehung liege. Es bestehe kein Recht der Arbeitnehmervertreter auf Teilnahme im Sinn des § 110 ArbVG in einem solchen, von den Gesellschaftern freiwillig eingesetzten Beirat.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des klagenden Betriebsrats Folge und gab dessen Klagehauptbegehren statt. Die Beklagte habe mit der Schaffung eines „Verwaltungsrats“ ein Kollegium geschaffen, welches wesentliche Aufgaben eines (freiwilligen) Aufsichtsrats einer GmbH ausübe. Teilweise gingen die Befugnisse über die gesetzlichen Aufgaben eines Aufsichtsrats hinaus, in einigen Punkten (hinsichtlich des Rechts der Einberufung der Generalversammlung, der Zustimmungspflicht zu den in § 30j Abs 5 GmbHG genannten Geschäften, welche der Generalversammlung vorbehalten worden seien sowie hinsichtlich der Vertretungsbefugnis bei Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern) blieben sie hinter den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats zurück. Die Rechte auf Überwachung der Geschäftsführung, auf jederzeitige Auskunftserteilung der Geschäftsführer und auf Einsicht in die Bücher und Prüfung derselben seien zwar nicht ausdrücklich zugewiesen, doch seien diese durch die dem Verwaltungsrat eingeräumten Weisungs- und Informationsbefugnisse weitgehend gewahrt, sodass diesem insgesamt die Kernkompetenzen eines Aufsichtsrates zukämen. Unter Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Lehrmeinungen schloss sich das Berufungsgericht jenen Autoren an, welche die Meinung vertreten, dass auch dort, wo keine Verpflichtung zur

Schaffung eines Aufsichtsrats bestehe, die Zuweisung von Kernkompetenzen des Aufsichtsrats an einen „Verwaltungsrat“ oder „Beirat“ als Umgehung, nicht zuletzt um Arbeitnehmervertreter an der Teilnahme im Gremium zu verhindern, zu werten sei. Daraus folge, dass der von der Beklagten eingesetzte „Verwaltungsrat“ als „Aufsichtsrat“ zu werten sei, welcher vom klagenden Betriebsrat mit drei Vertretern zu beschicken sei.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil zur Frage der Mitbestimmung nach § 110 ArbVG im „Verwaltungsrat“ einer nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH, dem die Kernkompetenz eines Aufsichtsrats zukomme, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle und im Schrifttum unterschiedliche Lehrmeinungen vertreten werden. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten mit einer Rechts- und Mängelrüge.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht aufgezeigten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

Zur behaupteten Mangelhaftigkeit:

Diese wurde geprüft, sie liegt nicht vor (§ 510 Abs. 3 ZPO). Die Marktgemeinde R. hat ihren Elektrizitätswerks-Betrieb im Jahr 1994 in die Beklagte eingebracht. Ab diesem Zeitpunkt ist jedenfalls GmbH-Recht anzuwenden. Ob und inwieweit schon vorher ein „Gesellschafterausschuss“ bestanden hat, ist ohne Relevanz. Wesentlich ist vielmehr die durch den Gesellschaftsvertrag und die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vorgenommene Ausgestaltung des „Verwaltungsrats“.

Zur Rechtsrüge:

In der herrschenden Lehre (Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts 5, 402; Reich-Rohrwig, „Der Beirat der GmbH“ in ÖJZ 1981, 509 f; derselbe, Das österreichische GmbH-Recht I² Rz 4/132; Jabornegg, „Aufsichtsratsmitwirkung im Konzern mit Untergesellschaften in der Rechtsform der GmbH“ in DRdA 1999, 433; Floretta/Strasser, Kommentar zum ArbVG 1975, 728; Löschnigg, „Die Entsendung der Betriebsräte in den Aufsichtsrat – organisationsrechtliche Probleme des § 110 ArbVG“ 53 f; Preiss in Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller ArbVG III³ Anm 44; Putzer, „Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft im Aufsichtsrat“ 27 f) besteht Einigkeit dahin, dass dort, wo ein Aufsichtsrat nicht auf gesetzlicher, sondern nur auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage besteht (sei es obligatorisch oder nur fakultativ), die Bestimmungen über die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat im Sinn des § 110 Abs 5 Z 1 ArbVG zwingend Anwendung zu finden haben. Zweifel an dieser

Auffassung (Huber, „Fakultativer Aufsichtsrat, Beirat und Arbeitnehmermitwirkung in der GmbH“ in *ecolex* 1995, 807 f) sind vereinzelt geblieben und überzeugen nicht. Die überwiegende Meinung, welche insbesondere aus § 20 Abs 2 GmbHG abgeleitet wird, geht dahin, dass es den Gesellschaftern einer GmbH unbenommen ist, neben einem Aufsichtsrat oder dort, wo ein solcher nicht besteht, „Beiräte“ zu gründen, wobei jedoch hinsichtlich des Umfangs und der Kompetenzen eines solchen Beirats unterschiedliche Auffassungen bestehen (stellvertretend für viele: Kastner/Doralt/Nowotny aaO 401; Kastner, „Beiräte im österreichischen Gesellschaftsrecht“ in *RdW* 1983, 98 f; Reich-Rohrwig *ÖJZ* 1981, 509 f; derselbe, *Das österreichische GmbH-Recht* I² Rz 4/497; Löschnigg aaO 106 f; Koppensteiner GmbHG § 20 Rz 18; Heidinger, „Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH“ 376 f). Ein Meinungsstreit besteht besonders dort, wo von den Gesellschaftern einer nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH ein „Beirat“ eingesetzt wurde, der „Kernkompetenzen“ eines Aufsichtsrats ausübt, nicht aber als solcher bezeichnet wird.

Reich-Rohrwig vertrat in *ÖJZ* 1981, 509 (aaO) noch folgende Meinung: Sieht das Gesetz keine Aufsichtsratspflicht vor, so steht es der Gesellschaft frei, ob sie im Gesellschaftsvertrag die Bestellung eines Aufsichtsrats vorsieht. Wenn sie aber ein Organ vertraglich einrichtet, auf das die gesetzlich typisierten Funktionsmerkmale des gesetzlichen Organs „Aufsichtsrat“ zutreffen, dann ist es auch den diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften zu unterstellen. Denn die Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter, ob ein Aufsichtsrat installiert wird, impliziert nicht die Freiheit, wenn einer eingerichtet wird, die daran anknüpfenden zwingenden Rechtsfolgen vertraglich abzubedingen. Eine weitergehende Wahlfreiheit der Gesellschafter, ein Organ mit der Funktion des Aufsichtsrats unter Umgehung der daran anknüpfenden Rechtsfolgen zu installieren, besteht nicht; insofern besteht Typenzwang bei den Organen. Eine anders lautende Bezeichnung eines Organs mit Aufsichtsratsfunktion, auch wenn sie zur Täuschung Dritter keinen Anlass geben könnte, hindert nicht die Unterstellung unter die zwingenden Vorschriften über den Aufsichtsrat. Demnach sind auf einen Beirat, dem dieselben Mindestkompetenzen wie einem Aufsichtsrat zukommen, die Vorschriften über den Aufsichtsrat anzuwenden, da es sich insoweit um zwingendes Recht handelt, das nicht durch die Bestellung eines „Beirats“ umgangen werden darf. Eine solche Beiratsgestaltung ist

gleichzeitig eine Umgehung der Arbeitnehmermitbestimmung (§ 110 ArbVG) und auch aus diesem Grund unzulässig.

Nach Löschnigg (aaO 108 f) stellen die Mindestkompetenzen, die dem Aufsichtsrat aufgrund des Gesetzes zustehen, den sachlichen Kern auch der Arbeitnehmermitwirkung dar. Die Drittelparität an sich und der Entsendungsmechanismus bestimmen nur den Grad der Intensität bzw. die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Befugnis. Sei die Errichtung des Aufsichtsrats obligatorisch, so könnten dessen Aufgaben keinem Beirat übertragen werden. Die Mitwirkung der Arbeitnehmer sei in diesem Fall von vornherein gesichert. Fehle es hingegen an einer gesetzlichen Verpflichtung zur Errichtung eines Aufsichtsrats, so stelle sich die Frage, ob nicht die Funktion eines fakultativen Aufsichtsrats von einem anderen Gremium, z. B. einen Beirat übernommen werden könne. Der Autor wendet sich ausdrücklich gegen die Meinung, dass es Gesellschaftern frei stehe, einen Beirat mit Funktionen auszustatten, die den Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats entsprechen. Wenngleich zuzugeben sei, dass die Vertragsfreiheit im Handelsrecht einen breiteren Raum einnimmt als in manch anderen Privatrechtsdisziplinen, so sei der Größenschluss in dieser generalisierenden Form auch im Gesellschaftsrecht nicht haltbar. Typenzwang und zwingendes Recht tauchten im Privatrecht in abgestufter Intensität, die von der Schutzwürdigkeit und Schutznotwendigkeit des betroffenen Personenkreises abhängen, immer wieder auf. Wenn z. B. ein Hauseigentümer mit einem Wohnungsmieter einen Bestandvertrag abschließt, dann sei die Ausgestaltung und insbesondere die Beendigung des Mietvertrags von einer Reihe gesetzlicher Regelungen beschränkt, wenngleich das „ob“ des Abschlusses völlig den Vertragsparteien anheimgestellt werde. Vor allem der fakultative Aufsichtsrat stehe der kritisierten Meinung diametral gegenüber. Wenn nämlich ein Aufsichtsrat gebildet werde, dann seien die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes zwingend. Werde also ein Beirat mit Kernkompetenz eines Aufsichtsrats gebildet, komme es auch zur Anwendung der Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in dieses Gremium. Nach der von Heidinger in seiner Dissertation (aaO 383 f) vertretenen Ansicht ist die Einrichtung eines Beirats zur Umgehung einer gesetzlichen Aufsichtsratspflicht unzulässig. Dies müsse aber auch für einen gesellschaftsvertraglichen Aufsichtsrat gelten. Denn hier herrsche zwingende Aufgabenzuweisung an den Aufsichtsrat. Dieser habe die Geschäfts-

führung zu überwachen sowie Jahresabschluss, Gewinnvorschlag und Geschäftsbericht zu überprüfen und darüber zu berichten. Diese Kontrollfunktion könne nur von einem Aufsichtsrat wahrgenommen werden, wobei die sorgfältige Überwachung durch die Haftungsbestimmungen des GmbHG gesichert werden solle. Die Zuweisung der Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats an einen „Beirat“ sei eine Umgehung des Aufsichtsrats, sodass ein solcher Beirat als Aufsichtsrat zu qualifizieren sei. Einen in diesem Zusammenhang weitergehenden Standpunkt vertritt Putzer (aaO 104), nach dessen Auffassung jede Auslagerung von Aufsichtsratskompetenzen – unabhängig von Gegenstand und Umfang – an ein anderes Gremium zur Mitwirkung der Arbeitnehmer im Rahmen der Drittelparität führen müsse. Den vorgenannten Literaturstimmen sind andere Autoren entgegengetreten:

Koppensteiner (aaO Rz 54, 55 zu § 35 GmbHG) wendet sich zunächst gegen die Meinung, dass Beiräte mit den Funktionen eines Aufsichtsrats allgemein für unzulässig gehalten und/oder als Aufsichtsrat qualifiziert werden. Das in diesem Zusammenhang gebrachte Argument des Täuschungspotenzials, welches einem solchen Organ innewohne, sei nicht begründet. Im Unterschied zum fakultativen Aufsichtsrat, von dem wegen der Identität seiner Bezeichnung mit dem gesetzlich zwingenden Aufsichtsrat angenommen werde, ihm stünden auch dessen Befugnisse zu, treffe dies für ein „Beirat“ genanntes Organ gerade nicht zu. Über Beiräte sage das Gesetz nichts und ihnen werden in der Praxis die unterschiedlichsten Aufgaben zugewiesen. Mit einem so bezeichneten Organ könne das Publikum also keine konkrete Funktionsvorstellung verbinden. Ein weiteres Argument werde nach Koppensteiner zu Unrecht aus der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat hergeleitet. Wenn ein Aufsichtsrat von Gesetzes wegen nicht eingerichtet werden müsse, dann bedeute dies, dass die Gesellschafter darüber entscheiden könnten, ob Mitbestimmung stattfinde oder nicht. Deshalb könne es ihnen auch nicht verwehrt werden, unbestreitbar eigene Zuständigkeiten auf ein Organ zu übertragen, an dem die Arbeitnehmer nicht beteiligt seien. Aus diesen Gründen sei anzunehmen, dass ein Beirat mit Aufsichtsratsfunktion jedenfalls dann eingerichtet werden könne, wenn es keinen Rechtszwang zur Errichtung eines Aufsichtsrats gebe. Bei Fehlen eines Aufsichtsrats könnten dem Beirat daher im Rahmen des zwingenden Rechts Kompetenzen in grundsätzlich beliebigem Umfang zugewiesen werden.

Mit ähnlichen Argumenten hält Huber (aaO) in der nicht aufsichtsratspflichtigen GmbH die Schaffung eines Beirats mit Kompetenzen eines Aufsichtsrats für zulässig. Gesellschafter, welche einen solchen Beirat einrichteten, seien keine „Normumgeher“, sondern machten von einem Recht auf betriebswirtschaftlich begründete abweichende Gestaltung Gebrauch. Auch Reich-Rohrwig (Das österreichische GmbH-Recht I² Rz 4/498) hat sich nunmehr den Meinungen von Koppensteiner und Huber angeschlossen. Im Wesentlichen begründet er seine von der früher vertretenen Auffassung abweichende Meinung damit, dass das Publikum mit einem „Beirat“ keine konkrete Funktionsvorstellung verbinde, sodass Täuschungs- bzw. Verkehrsschutzargumente nicht überzeugen können. Koppensteiner, Huber und Reich-Rohrwig ist darin zu folgen, dass das Argument des Verkehrsschutzes bzw. der Vermeidung von Täuschungen nicht das tragende ist. Abgesehen davon, dass die Existenz eines Beirats Personen außerhalb der Gesellschaft in der Regel gar nicht bekannt sein wird, kann den Teilnehmern am Rechtsverkehr wegen der unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Beirats nicht zugesonnen werden, damit bestimmte Vorstellungen zu verbinden.

Wesentliche Bedeutung kommt hingegen den Argumenten Löschniggs (aaO) zu, dass aus der Freiheit, einen Aufsichtsrat einzurichten, nicht auch darauf geschlossen werden kann, es dürfe die Kernkompetenz eines Aufsichtsrats einem „Beirat“ zugewiesen werden, ohne dass diesen auch die sonstigen gesetzlichen Auflagen treffen. Das von Löschnigg genannte Beispiel des Mietvertrags veranschaulicht genauso den Typenzwang, wie er zutreffend von Reich-Rohrwig früher (ÖJZ 1981, 509) für den freiwilligen Aufsichtsrat aufgezeigt und auch in der Folge nicht entkräftet wurde. Ist daher bei einem nur auf gesellschaftsvertraglicher Basis beruhenden Aufsichtsrat die Teilnahme der Arbeitnehmervertreter zwingend, muss dies auch dann gelten, wenn ein solcher Aufsichtsrat nicht besteht, stattdessen jedoch ein als „Beirat“ bezeichnetes Gremium durch Gesellschaftsvertrag gebildet wird und diesem die Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats zugewiesen werden (Heidinger aaO). Zu weitgehend ist wohl die Meinung Putzers (aaO 104), wonach selbst geringfügige Kompetenzzuweisungen an einen Beirat zur Arbeitnehmer-Drittelparität führen. Seine Begründung, die Gesellschafter könnten sonst für jede Aufsichtsratskompetenz eigene Gremien schaffen, ist insbesondere unter dem Blickwinkel der Wirtschaftlichkeit wenig realis-

tisch. Für die „Aufsichtsratsähnlichkeit“ (Preiss aaO 543) ist vielmehr auf die Zuweisung von Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats abzustellen. Nur dann wird von einer „Umgehung“ gesprochen werden können, die nach dem wahren Willen der Gesellschafter bei Schaffung des Organs zu beurteilen ist.

Trotz der von der Beklagten in ihrer Revision vorgebrachten Einwände ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die Beklagte ihrem „Verwaltungsrat“ diese Kernkompetenzen zugewiesen hat. Dazu zählen neben der Kontroll- und Überwachungsfunktion sowie der ausnahmsweisen Vertretungstätigkeit der Gesellschaft (insbesondere gegenüber den Geschäftsführern) (Putzer aaO 29 ua) insbesondere die Zustimmungsvorbehalte des § 30j GmbHG (Koppensteiner aaO § 29 Rz 18). Zunächst fällt auf, dass die Gesellschafterversammlung der Beklagten in § 1 der Geschäftsordnung bestimmte, dass der Verwaltungsrat seine Tätigkeit „nach den Vorschriften des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ ausüben hat. Da das GmbHG die Funktionen eines „Beirats“ bzw. „Verwaltungsrats“ überhaupt nicht regelt, den Gesellschaftern jedoch zu unterstellen ist, dass sie mit dieser Formulierung eine bestimmte Absicht verfolgten, ergibt sich schon daraus ein Hinweis auf die – im Gesetz geregelte – Funktion als Aufsichtsrat. Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht auch der Bestellmodus nicht gegen diese Absicht. § 30c GmbHG sieht nämlich ausdrücklich vor, dass durch Gesellschaftsvertrag bestimmten Gesellschaftern oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Geschäftsanteile das Recht eingeräumt werden kann, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Dies wird von der herrschenden Lehre (Koppensteiner aaO § 30c Rz 1; Kastner/Doralt/Nowotny aaO 401 f, Reich-Rohrwig GmbH-Recht I² Rn 4/99) dahin interpretiert, dass der Gesellschaftsvertrag bezüglich aller von den Kapitaleignern zu besetzenden Aufsichtsratssitze die Entsendung anstelle der Bestellung durch Beschluss vorsehen kann. Im vorliegenden Fall wurde dieses Recht betreffend den „Verwaltungsrat“ in § 9 des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich der Hauptgesellschafterin Marktgemeinde R. eingeräumt. Die Nominierung durch die Gemeinderatsfraktionen ist als gemeinde(=gesellschafter)interne Willensbildung zu beurteilen, die an der Entsendung durch die Gesellschafterin nichts ändert.

Unterzieht man zunächst die auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende, von den Gesellschaftern beschlossene Geschäftsordnung des Verwaltungsrats einer näheren Prüfung, ergibt sich folgendes Bild: § 6 Z. 3 ent-

spricht § 30j Abs 5 Z 2 iVm Abs 6 GmbHG; die Ziffern 4 und 5 haben ihre Entsprechung in § 30 Abs. 5 Z. 4 GmbHG; die Z. 6 findet in § 30j Abs. 5 Z. 5 GmbHG Deckung; Z. 7 entspricht sogar wörtlich § 30 Abs. 5 Z. 6 GmbHG. Z. 8 findet in § 30j Abs. 6 zweiter Satz GmbHG Deckung. Z. 9 (Bestellung, Abberufung des Abschlussprüfers) scheint zwar eine untypische Funktion zu sein, doch kann auch eine solche Funktion im Gesellschaftsvertrag einem Aufsichtsrat zugewiesen werden (Koppensteiner aaO § 22 Rz 25). Z. 12 der Geschäftsordnung geht in ihrem Wortlaut noch über die Kompetenz des § 30j Abs. 5 Z. 9 GmbHG hinaus. Auch die Funktion der Z. 13 (Abschluss der Geschäftsführerdienstverträge) ist durch Gesellschaftsvertrag einem Aufsichtsrat übertragbar (Koppensteiner aaO § 15 Rz 21). § 14 (Erlassung einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer) geht zwar über die ausdrücklich im Gesetz genannten Kompetenzen eines Aufsichtsrats hinaus, doch ist es nach § 30 I Abs. 4 GmbHG möglich, dem Aufsichtsrat weitere Funktionen zu übertragen (Koppensteiner aaO § 30 I Abs. 4 GmbHG Rz 10 f). Lediglich folgende Kompetenzen haben sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag (§ 10 lit. a) ausdrücklich vorbehalten, nämlich den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, sowie den Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen und Betrieben (§ 10 lit. a Z. 3 des GV = § 30j Abs. 5 Z. 1 GmbHG), die Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen (§ 10 lit. a Z. 4 des GV = § 30j Abs. 5 Z. 3 GmbHG), die Aufnahme und Aufgabe von Geschäftszweigen und Produktionsarten (§ 10 lit. a Z. 5 des GV = § 30j Abs. 5 Z. 7 GmbHG) sowie die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik (§ 10 lit. a Z. 6 des GV = § 30j Abs. 5 Z. 8 GmbHG). Es kann aber nicht übersehen werden, dass dem „Verwaltungsrat“ Aufgaben (– für einen Aufsichtsrat zulässig gemäß § 30 I Abs. 4 GmbHG: Koppensteiner aaO § 30 I Abs. 4 Rz 10 f; derselbe § 20 Rz 18 –) zugewiesen wurden, welche in ihrer Bedeutung das scheinbare Manko hinsichtlich der bei der Gesellschafterversammlung verbliebenen Kompetenzen jedenfalls kompensieren. So sieht § 6 Z. 1 der Geschäftsordnung ein umfassendes Weisungsrecht des „Verwaltungsrats“ gegenüber dem Geschäftsführer vor; Z. 2 bindet den jährlich von den Geschäftsführern zu erstellenden Wirtschafts- und Investitionsplan an die Zustimmung des „Verwaltungsrats“. Das Informationsrecht nach § 10 der Geschäftsordnung entspricht im Wesentlichen § 30j Abs. 2 GmbHG. So können sich der Vorsitzende und sein Stell-

vertreter jederzeit bei den Geschäftsführern über jede Angelegenheit der Gesellschaft informieren. Das Verlangen einzelner Mitglieder betreffend Berichterstattung an den Verwaltungsrat (§ 10 zweiter Satz des Geschäftsordnung) findet in § 30j Abs. 2 zweiter Satz GmbHG seine Entsprechung. Soweit die Beklagte die ausdrückliche Zuweisung eines weitergehenden Überwachungsrechts, insbesondere auch durch Bucheinsicht bzw. der sonst einem Aufsichtsrat zukommenden Vertretungsrechte vermisst, übersieht sie, dass diese Kompetenzen nicht der Gesellschafterversammlung vorbehalten wurden. Kommen aber, wovon nach obiger Dar-

stellung auszugehen ist, dem „Verwaltungsrat“ der Beklagten Kernkompetenzen eines Aufsichtsrats zu, kann kein Zweifel daran bestehen, dass durch die Gleichstellung mit einem Aufsichtsrat auch diese nicht ausdrücklich genannten Kompetenzen von Gesetzes wegen diesem Gremium zukommen. Die – wegen der Umgehung zwingender Normen insbesondere der Arbeitnehmermitbestimmung – unzulässige Gestaltung führt dazu, dass der „Verwaltungsrat“ als Aufsichtsrat zu werten ist und demzufolge auch die Bestimmungen über die Arbeitnehmervertretung (§ 110 ArbVG) Anwendung zu finden haben.

30.

Der Erschließungsbeitrag in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in Erkenntnissen vom 21. Februar 2007, Zahl 2004/17/0129, und vom 20. März 2007, Zahl 2005/17/0050, mit dem Erschließungsbeitrag auseinandergesetzt.

In seinem Erkenntnis vom 21. Februar 2007, Zahl 2004/17/0129, führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

Das Tiroler Verkehrsaufschließungsabgabengesetz (im Folgenden: TVAAG), LGBl. Nr. 22/1998 (§ 2 Abs. 4 und § 9 Abs. 3 in der Fassung des Gesetzes LGBl. Nr. 82/2001) lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 2

Begriffsbestimmungen

(4) Baumasse ist der durch ein Gebäude umbaute Raum. Die Baumasse ist geschossweise zu ermitteln, wobei bei Räumen mit einer lichten Höhe von mehr als 3,50 m der diese Höhe übersteigende Teil außer Betracht bleibt. Der umbaute Raum ist jener Raum, der durch das Fußbodenniveau des untersten Geschosses und durch die Außenhaut des Gebäudes oder, soweit eine Umschließung nicht besteht, durch die gedachte lotrechte Fläche in der Flucht der anschließenden Außenhaut begrenzt wird.

3. Abschnitt

Erschließungsbeitrag

§ 7

Abgabegenstand, Erschließungsbeitragssatz

(1) Die Gemeinden werden ermächtigt, im Fall des Neubaus eines Gebäudes oder der Änderung eines

Gebäudes, durch die seine Baumasse vergrößert wird, einen Erschließungsbeitrag zu erheben. ...

(2) Die Erhebung des Erschließungsbeitrages erfolgt durch Festlegung des Erschließungsbeitragssatzes (Abs. 3).

(3) Der Erschließungsbeitragssatz ist ein Prozentsatz des Erschließungskostenfaktors nach § 5 Abs. 2. Er ist von der Gemeinde durch Verordnung einheitlich für das gesamte Gemeindegebiet festzulegen. ...

§ 9

Bemessungsgrundlage und Höhe der Abgabe

(1) Der Erschließungsbeitrag ist die Summe aus dem Bauplatzanteil (Abs. 2) und dem Baumassenanteil (Abs. 3).

(2) Der Bauplatzanteil ist das Produkt aus der Fläche des Bauplatzes in Quadratmetern und 150 v. H. des Erschließungsbeitragssatzes. ...

(3) Der Baumassenanteil ist

a) im Fall des Neubaus eines Gebäudes das Produkt aus der Baumasse des Gebäudes,

b) im Fall der Änderung eines Gebäudes, durch die seine Baumasse vergrößert wird, das Produkt aus der zusätzlich geschaffenen Baumasse,

jeweils in Kubikmetern und 70 v. H. des Erschließungsbeitragssatzes. Als Vergrößerung der Baumasse gilt weiters der Ausbau des Dachgeschosses von Gebäuden, für die ein Erschließungsbeitrag unter Zugrundelegung der betreffenden Teile des Dachgeschosses noch nicht entrichtet wurde.

§ 11

**Bemessungsgrundlage
bei Änderungen des Baubestandes**

(1) Wird auf einem Bauplatz, für den noch kein Erschließungsbeitrag oder ein Erschließungsbeitrag nach diesem Gesetz oder nach früheren Rechtsvorschriften unter Zugrundelegung der Gesamtfläche des Bauplatzes entrichtet wurde, ein Neubau errichtet oder ein Gebäude so geändert, dass seine Baumasse vergrößert wird, so ist ein nur dem Baumassenanteil entsprechender Erschließungsbeitrag zu entrichten.

(2) Wird auf einem Bauplatz, für den noch kein Erschließungsbeitrag oder ein Erschließungsbeitrag nach diesem Gesetz oder nach früheren Rechtsvorschriften unter Zugrundelegung nur einer Teilfläche des Bauplatzes entrichtet wurde, auf dem aber bereits ein oder mehrere Gebäude bestehen, ein Neubau errichtet oder ein Gebäude so geändert, dass seine Baumasse vergrößert wird, so ist ein Erschließungsbeitrag zu entrichten, der dem Baumassenanteil sowie einem Bauplatzanteil entspricht, der sich unter Zugrundelegung jener Teilfläche des Bauplatzes ergibt, die sich zur Gesamtfläche des Bauplatzes verhält wie die dem Baumassenanteil zu Grunde liegende Baumasse zur Summe aus dieser Baumasse und der Baumasse des bestehenden Gebäudes oder der bestehenden Gebäude. Insgesamt darf dem Bauplatzanteil jedoch höchstens die Gesamtfläche des Bauplatzes zu Grunde gelegt werden.

§ 12

**Entstehen
des Abgabenspruches,
Vorschreibung**

(1) Der Abgabenspruch entsteht bei bewilligungspflichtigen Bauvorhaben mit dem Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung, ...

**4. Abschnitt
Gehsteigbeitrag**

§ 13

**Abgabengegenstand,
Gehsteigbeitragsatz**

(1) Die Gemeinden werden ermächtigt,
a) im Fall des Neubaus eines Gebäudes oder der Änderung eines Gebäudes, durch die seine Baumasse vergrößert wird,
b)
einen Gehsteigbeitrag zu erheben.

§ 15

**Bemessungsgrundlage
und Höhe der Abgabe**

(1) Der Gehsteigbeitrag ist die Summe aus dem Bauplatzanteil (Abs. 2) und dem Baumassenanteil (Abs. 3).

(2) Der Bauplatzanteil ist das Produkt aus der Fläche des Bauplatzes in Quadratmetern und 150 v. H. des Gehsteigbeitragsatzes.

(3) Der Baumassenanteil ist

a)

b) im Fall der Änderung eines Gebäudes, durch die seine Baumasse vergrößert wird, das Produkt aus der zusätzlich geschaffenen Baumasse, jeweils in Kubikmetern und 70 v. H. des Gehsteigbeitragsatzes. ...

§ 16

**Entstehen
des Abgabenspruches,
Vorschreibung**

(1) Der Abgabenspruch entsteht

a) im Fall des § 13 Abs. 1 lit. a bei bewilligungspflichtigen Bauvorhaben mit dem Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung, bei anzeigepflichtigen Bauvorhaben mit dem Zeitpunkt, in dem aufgrund des § 28 Abs. 2 der Tiroler Bauordnung 1998 mit der Ausführung des angezeigten Bauvorhabens begonnen werden darf, und bei allen anderen Bauvorhaben mit dem Baubeginn;“

Im Beschwerdefall wurden durch die in Rede stehenden Umbaumaßnahmen unbestrittenermaßen die Außenmaße des bereits bestehenden Gebäudes nicht verändert. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass lediglich im Bereich des Kellergeschosses und des Erdgeschosses Decken eingezogen wurden. Die belangte Behörde vertritt die Auffassung, dass dadurch die Baumasse des Gebäudes im Sinn des § 2 Abs. 4 TVAAG vergrößert wurde.

§ 2 Abs. 4 TVAAG sieht vor, dass die Baumasse geschossweise zu ermitteln ist, wobei bei Räumen mit einer lichten Höhe von mehr als 3,50 m der diese Höhe übersteigende Teil außer Betracht bleiben soll.

Wird also die Anzahl der Geschosse eines Gebäudes dadurch erhöht, dass bei Geschossen, welche vor dem Umbau eine lichte Höhe von mehr als 3,50 m aufwiesen haben, Geschossdecken eingezogen werden, so vergrößert sich die Baumasse insofern, als das dadurch gewonnene neue Geschoss bis zu einer lichten Höhe von 3,50 m der bereits früher ermittelten Baumasse hinzuzurechnen ist.

Die Auffassung der beschwerdeführenden Partei, wonach sich die Baumasse eines Gebäudes in keinem Fall vergrößern könne, wenn dessen umbauter Raum bzw. dessen Außenhaut nicht verändert werde, findet somit in § 2 Abs. 4 TVAAG keine Deckung.

Zum Vorbringen, dass selbst eine Vergrößerung der Baumasse „keine Vergrößerung in Bezug auf den Bauplatz“ bewirken könne, ist auf § 11 Abs. 2 TVAAG hinzuweisen, welcher bei einer Vergrößerung der Baumasse eine anteilige Berücksichtigung des Bauplatzanteiles für den Fall vorsieht, dass für den Bauplatz bereits früher ein Erschließungsbeitrag unter Zugrundelegung nur einer Teilfläche des Bauplatzes entrichtet wurde. Sowohl die erstinstanzliche Abgabenvorschreibung als auch der angefochtene Bescheid haben bei der Berechnung der Abgaben auf die Anwendung dieser Bestimmung verwiesen. Dass diese Anwendung zu Unrecht erfolgt sei, hat die beschwerdeführende Partei weder im Abgabenverfahren noch vor dem Verwaltungsgerichtshof behauptet.

In seinem Erkenntnis vom 20. März 2007, Zahl 2005/17/0050, führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

§ 9 Tiroler Verkehrsaufschlüsselungsabgabengesetz, LGBL Nr. 22/1998, in der Stammfassung lautet:

„§ 9

Bemessungsgrundlage und Höhe der Abgabe

(1) Der Erschließungsbeitrag ist die Summe aus dem Bauplatzanteil (Abs. 2) und dem Baumassenanteil (Abs. 3).

(2) Der Bauplatzanteil ist das Produkt aus der Fläche des Bauplatzes in Quadratmetern und 150 v. H. des Erschließungsbeitragssatzes. Bei Bauplätzen, die als Freiland oder als Sonderflächen nach § 44, § 45 oder § 46 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 1997 gewidmet sind, und bei Bauplätzen für Gebäude, die nach § 1 Abs. 3 lit. a oder b der Tiroler Bauordnung 1998 von deren Geltungsbereich ausgenommen sind, tritt die durch das Gebäude überbaute Fläche samt der Fläche eines daran anschließenden Randes, dessen Tiefe in sinngemäßer Anwendung des § 6 Abs. 1 lit. a der Tiroler Bauordnung 1998 zu ermitteln ist, an die Stelle der Fläche des Bauplatzes.

(3) Der Baumassenanteil ist

a) im Fall des Neubaus eines Gebäudes das Produkt aus der Baumasse des Gebäudes,

b) im Fall der Änderung eines Gebäudes, durch die seine Baumasse vergrößert wird, das Produkt aus der zusätzlich geschaffenen Baumasse, jeweils in Kubikmetern und 70 v. H. des Erschließungsbeitragssatzes. Die Bau-

masse landwirtschaftlicher Wirtschaftsgebäude und entsprechend genutzter Gebäudeteile ist nur zur Hälfte anzurechnen. Verlieren jedoch solche Gebäude oder Gebäudeteile diesen Verwendungszweck durch bauliche Änderungen, so gilt dies als Vergrößerung der Baumasse im Ausmaß der Hälfte der tatsächlichen Baumasse.“

Durch die Novelle LGBL Nr. 82/2001 wurden in § 9 Abs. 2 leg. cit. folgende Sätze angefügt:

„Die durch Gebäude oder Gebäudeteile für Laufställe überbaute Fläche ist in die Fläche des Bauplatzes nur zur Hälfte einzurechnen. Verlieren jedoch solche Gebäude oder Gebäudeteile diesen Verwendungszweck durch bauliche Änderungen, so gilt dies als Vergrößerung des Bauplatzes im Ausmaß der Hälfte der tatsächlich überbauten Fläche.“

Durch die Novelle LGBL Nr. 82/2001 wurden in § 9 Abs. 3 leg. cit. der zweite und dritte Satz durch folgende Sätze ersetzt:

„Die Baumasse landwirtschaftlicher Wirtschaftsgebäude und entsprechend genutzter Gebäudeteile ist nur zur Hälfte, im Fall von Gebäuden oder Gebäudeteilen für Laufställe nur zu einem Viertel, anzurechnen. Verlieren jedoch solche Gebäude oder Gebäudeteile diesen Verwendungszweck durch bauliche Änderungen, so gilt dies als Vergrößerung der Baumasse im Ausmaß der Hälfte, im Fall von Gebäuden oder Gebäudeteilen für Laufställe im Ausmaß von drei Vierteln, der tatsächlichen Baumasse.“

§ 12 Abs. 1 TirVerkAufschlAbgG, LGBL Nr. 22/1998, lautet:

„§ 12

Entstehen des Abgabenspruches, Vorschreibung

(1) Der Abgabenspruch entsteht bei bewilligungspflichtigen Bauvorhaben mit dem Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung, bei anzeigepflichtigen Bauvorhaben mit dem Zeitpunkt, in dem aufgrund des § 28 Abs. 2 der Tiroler Bauordnung 1998 mit der Ausführung des angezeigten Bauvorhabens begonnen werden darf, und bei allen anderen Bauvorhaben mit dem Baubeginn.“

Die Beschwerde beschränkt sich auf die Rüge, die belangte Behörde hätte die falsche Rechtslage, nämlich § 9 TirVerkAufschlAbgG in seiner Stammfassung LGBL Nr. 22/1998, statt in der Fassung der Novelle LGBL Nr. 82/2001 angewendet. Der Beschwerdeführer begründet seinen Rechtsstandpunkt damit, dass die erstmalige bescheidmäßige Vorschreibung des Erschließungsbeitrages mit Bescheid des Bürgermeisters der

mitbeteiligten Gemeinde vom 10. Dezember 2001, somit nach den In-Kraft-Treten der Novelle LGBL Nr. 82/2001, erfolgt sei. Mangels entsprechender Übergangsvorschriften sei § 9 TirVerkAufschlAbgG in der Novellenfassung anzuwenden gewesen. Danach wären Laufställe bei der Ermittlung des Bauplatzanteiles nur mehr zur Hälfte und bei jener des Baumassenanteiles nur mehr zu einem Viertel zu berücksichtigen gewesen.

Für den zeitlichen Anwendungsbereich von Abgabengesetzen ist der Grundsatz der Zeitbezogenheit der Abgabengesetze zu beachten. In einem Besteuerungsfall sind – in Ermangelung anderer Anordnungen – jene materiell rechtlichen Bestimmungen anzuwenden, die im Zeitpunkt der Entstehung des Abgabenspruches in Kraft standen. Durch die Anknüpfung an die Rechtslage, welche im Zeitpunkt der Verwirklichung des Abgabentatbestandes herrschte, wird erreicht, dass alle steuerrechtlich bedeutsamen Ereignisse, Gegebenheiten und Verhältnisse, wie sie zu einem bestimmten Stichtag oder einem bestimmten Zeitraum bestanden haben, nach gleichen rechtlichen Maßstäben erfasst und be-

steuert werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. November 1999, Zl. 99/17/0019).

Nach § 12 Abs. 1 TirVerkAufschlAbgG entsteht der Abgabenspruch bei bewilligungspflichtigen Bauvorhaben mit dem Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung. Die der Abgabenvorschreibung zu Grunde liegende Baubewilligung vom 23. April 2001 ist nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen des angefochtenen Bescheides am 17. Mai 2001, somit vor der Kundmachung der Novelle LGBL Nr. 82/2001 am 18. September 2001, in Rechtskraft erwachsen. Der genannten Novelle sind auch keine Übergangsbestimmungen zu entnehmen, welche für Fälle wie dem vorliegenden eine vom Grundsatz der Zeitbezogenheit des Abgabentatbestandes abweichende Regelung trifft. Es war somit bei der Abgabenvorschreibung im Beschwerdefall das TirVerkAufschlAbgG in seiner Stammfassung anzuwenden, auch wenn die Abgabenvorschreibung nach dem In-Kraft-Treten der Novelle erfolgte. Der Zeitpunkt der Festsetzung des Erschließungsbeitrages ist ohne Einfluss auf die Entstehung des Abgabenspruches.

31.

Auslagerung von Abfertigungsansprüchen

Alle bestehenden Dienst- und Beschäftigungsverhältnisse, die vor dem 1. Jänner 2003 abgeschlossen wurden, unterliegen dem „alten“ Abfertigungsrecht.

Je nach Dauer des Dienstverhältnisses werden für den Dienstgeber bei Pensionsantritt des Dienstnehmers bis zu zwölf Monatsbezüge (= ein Jahresbezug) fällig. Das kann für Gemeinden wie auch alle privaten Dienstgeber eventuelle Liquiditätsprobleme mit sich bringen.

Speziell im Hoheitsbereich der Gemeinden gab es bislang nur wenige Möglichkeiten, für diesen Fall rechtzeitig vorzusorgen. Die gebräuchlichste Art der Vorsorge war ein Wertpapierdepot mit einem Depotstand (abhängig von den jeweiligen Kursen), der relativ wenig mit den zukünftigen Abfertigungsansprüchen der Mitarbeiter zu tun hatte. Diese Art der Rücklage war stets mit dem Risiko verbunden, dass der Gemeinderat bei dringendem Geldbedarf die Papiere zum Wohl der Gemeinde anderweitig einsetzte.

Vor ca. zwei Jahren nahm sich der Gemeindeverband eines Bundeslandes dieses Problems an. Es wurde eine adäquate Versicherungslösung im Hoheitsbereich offiziell ausgeschrieben, welche die Donau-Versicherung (ein Unternehmen des Konzerns der Wiener Städtischen Versicherung) als Bestbieter für sich entscheiden konnte. In der Folge schlossen nach einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes sehr viele Gemeinden diese so genannte Abfertigungs-Rückdeckungsversicherung ab.

Die Hypo Tirol Versicherungsmakler GmbH hat dieses Modell in Zusammenarbeit mit der Donau-Versicherung für Tirol weiterentwickelt und bietet den Tiroler Gemeinden ab sofort eine optimierte Variante an.

Für das neue Versicherungsmodell ist keine eigene Ausschreibung notwendig.

Ende Juni veranstaltete die Hypo Tirol Bank zu diesem Thema einen Informationsnachmittag, bei dem die Spezialisten der Hypo Tirol Versicherungsmakler GmbH die optimierte Versicherungslösung im Detail vorgestellt haben.

Einige Schlagworte zum Thema:

- Analyse der zukünftigen Abfertigungsbelastungen pro Gemeinde
- Hochrechnung der zum jeweiligen Pensionsantrittsalter zu zahlenden Abfertigungsbeträge
- Berechnung der dafür nötigen Prämien
- Renditeberechnung und Gegenüberstellung mit alternativem Wertpapier-Depot

Auch für gemeindenahen GmbHs bietet die Hypo Tirol Bank entsprechende Lösungen.

Kontakt:

Gerhard Platzer

Hypo Tirol Versicherungsmakler GmbH

Tel.: +43 050 700 8407, Fax.: +43 050 700 48407

Mobil: +43 676 88507 1220

e-mail: gerhard.platzer@hypotiro.com

32.

Ausländerbeschäftigungsgesetz in der Landes- und Gemeindeverwaltung

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst hat nach Befassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit folgende Rechtsauskunft erteilt:

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) regelt gemäß seinem § 1 Abs. 1 „die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet“. Als Beschäftigung gilt gemäß § 2 Abs. 2 lit. a AuslBG u. a. die Verwendung „in einem Arbeitsverhältnis“. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs bloß auf Arbeitsverhältnisse zu Privaten sieht das AuslBG nicht vor. Demnach ist es auch auf (privatrechtliche) Arbeitsverhältnisse zu Gebietskörperschaften anzuwenden, und zwar – da das Gesetz nicht unterscheidet – zu Bund, Ländern und Gemein-

den. Ob das AuslBG auch auf die Beschäftigung von Ausländern im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis anwendbar ist, kann dahingestellt bleiben, weil – soweit ersichtlich – nach allen Dienstrechtsgesetzen für die Aufnahme in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis Inländervorbehalte gelten, die nur zugunsten von EWR-Bürgern durchbrochen werden.

Bei diesem Ergebnis gehen die im Fremdenpolizeigesetz sowie im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz enthaltenen Verweisungen auf das AuslBG auch dann nicht ins Leere, wenn Landes- oder Gemeindebedienstete betroffen sind.

BKA-Verfassungsdienst
Zahl BKA-600.106/0004-V/A/5/2007 vom 6. Juli 2007

VERBRAUCHERPREISINDEX FÜR JULI 2007
(vorläufiges Ergebnis)

	Juni 2007 (endgültig)	Juli 2007 (vorläufig)		Juni 2007 (endgültig)	Juli 2007 (vorläufig)
Index der Verbraucherpreise 2005			Index der Verbraucherpreise 66		
Basis: Durchschnitt 2005 = 100	103,7	103,7	Basis: Durchschnitt 1966 = 100	430,6	430,6
Index der Verbraucherpreise 2000			Index der Verbraucherpreise I		
Basis: Durchschnitt 2000 = 100	114,7	114,7	Basis: Durchschnitt 1958 = 100	548,6	548,6
Index der Verbraucherpreise 96			Index der Verbraucherpreise II		
Basis: Durchschnitt 1996 = 100	120,7	120,7	Basis: Durchschnitt 1958 = 100	550,3	550,3
Index der Verbraucherpreise 86			Der Index der Verbraucherpreise 2005 (Basis: Durchschnitt 2005 = 100) für den Kalendermonat Juli 2007 beträgt 103,7 (vorläufige Zahl) und ist somit gegenüber dem Stand für Juni 2007 unverändert geblieben (Juni 2007 gegenüber Mai 2007: +0,1%). Gegenüber Juli 2006 ergibt sich eine Steigerung um 2,1% (Juni 2007/2006: +2,0%).		
Basis: Durchschnitt 1986 = 100	157,8	157,8			
Index der Verbraucherpreise 76					
Basis: Durchschnitt 1976 = 100	245,4	245,4			

Erscheinungsort Innsbruck
Verlagspostamt 6020 Innsbruck P. b. b.

MEDIENINHABER (VERLEGER):
Amt der Tiroler Landesregierung,
Abteilung Gemeindeangelegenheiten,
6010 Innsbruck, Tel. 0512/508-2370

Für den Inhalt verantwortlich: Dr. Helmut Praxmarer

Offenlegung gemäß § 5 Mediengesetz: Medieninhaber Land Tirol

Erklärung über die grundlegende Richtung: Information der Gemeinden

Druck: Eigendruck